

TAREAS CONSTITUCIONALES DE LAS FUERZAS ARMADAS: ENTRE EL INTERÉS NACIONAL Y LA SUPRANACIONALIDAD

Por el Académico de Número
Excmo. Sr. D. Miguel Herrero R. de Miñón *

1. Las funciones de las Fuerzas Armadas integran su concepto constitucional. Basta para comprobarlo atender al art. 8 CE.

¿Por qué ocuparse de ellas ahora y aquí? Porque laten en la opinión española, expuestas en los más diversos foros, dos versiones de las funciones de las Fuerzas Armadas que amenazan con desnaturalizar su concepto. Por un lado, hay quienes propugnan una cada vez más intensa y extensa afectación de las Fuerzas Armadas a misiones de paz al servicio de organizaciones internacionales y su inserción e, incluso, disolución en estructuras supranacionales de seguridad. Por otro, hay quienes propugnan la intervención de las Fuerzas Armadas en el proceso político español como última salvaguarda de valores que se consideran irrenunciables y se estiman amenazados por la posible evolución de dicho proceso político.

A mi juicio, la primera opción viola frontalmente los presupuestos constitucionales de las Fuerzas Armadas y la segunda amenaza con corromperlos, al dar de ellos un interpretación que desnaturaliza radicalmente la opción del constituyente. Ambas son «cuestiones de mayor importancia, transcendencia y aplicación según los tiempos y las circunstancias», dignas por lo tanto de exposición y debate en esta Real Academia según el art. 1 de sus vigentes Estatutos y que, además,

* Sesión del día 12 de diciembre de 2000.

la primera de ellas se inserta en el programa acordado para este curso. Mi propia condición de ponente de la Constitución y redactor del citado art. 8 CE me autoriza y obliga especialmente a ello, proponiendo una exégesis del precepto en cuestión más racional que visceral, sea esta última cordial o biliar. Una exégesis que tome en cuenta los criterios hermenéuticos sentados en el art. 3 CC y, en consecuencia, tome en consideración «la realidad social en la que las normas han de ser aplicadas»; pero no para desnaturalizar la norma en función de la apreciación de las circunstancias del caso, sino para aclarar con ellas el sentido normativo de la disposición constitucional y realizar mejor su imperativo.

2. La primera cuestión a dilucidar es la naturaleza jurídico-constitucional de las Fuerzas Armadas de acuerdo con las dos tesis hasta ahora formuladas al respecto, ya como institución, ya como sector de la Administración pública especializado en la defensa. No se trata ahora de reproducir la polémica, cuyos términos cuentan con autorizados portavoces¹, sino de señalar que en su génesis late, ya la aspiración, ya el temor a una posición independiente de las Fuerzas Armadas como institución autónoma del Estado. Un planteamiento explícito durante el período constituyente y que no fue exclusivo de los Ejércitos. La respuesta a tales pretensiones fue la extensión del concepto de administración como instrumento de gobierno y, como tal, sometido al poder político².

Esta opción, sin embargo, no resuelve la cuestión de la naturaleza jurídica más atrás planteada, porque la propia Administración del Estado es una institución, o mejor, una institución de instituciones. Y ello es evidente tanto desde una perspectiva sociológica —puesto que supone un poder organizado, puesto al servicio de la realización de una idea, por un grupo social constituido en su entorno (Hauriou, Bonnard)—, como jurídica —haz de relaciones de derecho, jerárquicamente estructuradas en función de una meta que las trasciende (Guasp)—. Por

¹ El planteamiento «institucional» iniciado por TRILLO-FIGUEROA («Las Fuerzas Armadas en la Constitución española. Esbozo de una construcción institucional», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 12, 1979, págs. 105 y sigs.) ha sido continuada hasta FERNÁNDEZ SEGADO, «Artículo 8.º Las Fuerzas Armadas», en ALZAGA (ed.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, 2.ª ed., Madrid, 1996, I, págs. 434 y sigs. La alternativa administrativista iniciada por GUAITA antes (*Derecho Administrativo Especial*, Zaragoza, 1965, I, págs. 61 y sigs.) y después de la Constitución («Los derechos fundamentales de los militares», en *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, Madrid, 1988, IV, págs. 2561 y sigs.) ha sido seguido, entre otros, por BARTOLOMÉ LLOP, «La organización militar: apuntes jurídico-constitucionales sobre una realidad estatal», *Revista de Administración Pública*, 110, 1986, págs. 55 y sigs., y LÓPEZ RAMÓN, *La caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas*, Madrid (CEC), 1987, págs. 367 y sigs.

² Cfr. «El análisis de los debates Constitucionales» en FERNÁNDEZ SEGADO, *loc. cit.*, págs. 413 y sigs. Vid. *infra*, nota 25.

eso se ha dicho que las Administraciones Públicas constituyen un estamento —institución de instituciones— y se ha calificado al derecho administrativo como derecho estamental³. Ahora bien, a cada una de las instituciones de ese estamento corresponde una estructura y organización adecuada a sus funciones. Nadie dudará que las Universidades públicas son parte de la Administración, se nutren de sus presupuestos, están sometidas al derecho administrativo y su personal docente es, en gran medida, funcionario; pero ello no impide a que de ellas se predique la autonomía (art. 27.10 CE) porque es el sistema que mejor conviene a su función de investigación y docencia superior. Análogamente, la institución militar puede ser considerada parte de la Administración del Estado, pero la naturaleza de sus funciones requiere una organización específica presidida, en este caso, por el principio de la más estricta jerarquía. Fuerzas Armadas y Universidad serían, así, dos órdenes concretos que, atendiendo a los criterios sociológicos y jurídicos atrás expuestos, se configuran en ambos casos como instituciones cuya común naturaleza administrativa no impide una diversa organización, unos diferentes valores, unas funciones distintas y una regulación jurídica propia de cada una.

Las Reales Ordenanzas aprobadas por Ley de 23 de diciembre de 1978 configuran, en su conjunto, un modo de ser de los militares que hacen de las Fuerzas Armadas un «orden concreto» cuyos valores dan sentido a todo un conjunto normativo, que ha de ser desarrollado y aun modificado, interpretado y aplicado de acuerdo con tales valores. Cuando se prescinde de las peculiaridades propias de ese orden concreto, las normas, frecuentemente excepcionales, incluso limitativas de los derechos constitucionales —*v. gr.*, arts. 26, 28 y 29 CE— que rigen la vida militar, pierden todo sentido⁴.

La utilidad de esta calificación no es otra que la aplicación a las Fuerzas Armadas de la categoría de garantía institucional⁵ que la doctrina española importara de la germánica y que ha sido desarrollada por el Tribunal Constitucional⁶.

³ A partir de GARCÍA DE ENTERRÍA, «Verso un concetto di diritto amministrativo comme diritto statutario», *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, X (1960) 2-3, págs. 317 y sigs.

⁴ Así lo pone de manifiesto la docta y, a mi juicio, desacertada obra de mi admirado amigo y compañero D. BLANQUER, *Ciudadano y Soldado*, Madrid, Civitas, 1966. Cfr. OLLERO GÓMEZ, «Constitución y Reales Ordenanzas», en *Primeras Jornadas. Fuerzas Armadas— Universidad*, Madrid, 1982, págs. 219 y sigs., en especial pág. 226.

⁵ Cfr. LÓPEZ GARRIDO, «La posición constitucional de las Fuerzas Armadas», *Revista de Administración Pública*, 100-102, II, 1983, págs. 959 y sigs.

⁶ Cfr. STC 40/1981, de 28 de julio, FJ. 3: «El orden jurídico-político establecido por la Constitución asegura la existencia de determinadas instituciones, a las que se considera como componentes esenciales, y cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo en ellas un núcleo o reducto indisponible por el legislador. Las instituciones garantizadas son

¿Frente a qué protege, por hipótesis, la garantía institucional de las Fuerzas Armadas establecida en el art. 8 CE? Por de pronto, frente a un desmembramiento o extensión de las mismas, *v. gr.*, confundiéndolas con los cuerpos de seguridad contemplados en el art. 104 CE, y de ahí la importancia de su enumeración por el constituyente. Pero, a mi entender, y sobre todo, porque enumera unas misiones que se le atribuyen específica y exclusivamente para ser realizadas por una específica vía: la utilización de la fuerza hasta el sacrificio de la propia vida y de la del enemigo⁷.

Esas misiones —«garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional»— no pueden ser atribuidas a terceros, *v. gr.*, mediante una ley orgánica que delegase su ejercicio a una institución supranacional (art. 93 CE) o que las transfiriese a una Comunidad Autónoma (art. 150 CE). Tales transferencias requerirían una reforma de la Constitución que, dada la localización del art. 8 CE en el Título Preliminar, exigiría la vía de los arts. 168 y sigs.

Ahora bien, ¿qué es lo que explica la garantía institucional de las misiones de las Fuerzas Armadas? Su índole existencial última y suprema, dado que, a través de ella, se pone en juego tanto la existencia de la propia comunidad política como las vidas que en su defensa se está dispuesto a sacrificar. Solamente atendiendo a esta calidad existencial de la misión de las Fuerzas Armadas se explican sus valores, su estructura, sus medios, su peculiar funcionamiento y la especificidad de su ordenamiento jurídico. Y eso, y no una pura rigidez formal, es lo propio de la garantía institucional: proteger instituciones que se enraízan y actualizar los valores substanciales de la Constitución.

3. La asunción por parte del constituyente de esta noción de Fuerza Armada y de sus misiones, supone una concepción realista de las relaciones internacionales centrada en torno a la idea del «interés nacional».

elementos arquitecturales indispensables del orden constitucional y las normaciones que las protegen son, sin duda, normaciones organizativas, pero a diferencia de lo que sucede con las instituciones supremas del Estado, cuya regulación orgánica se hace en el mismo texto constitucional, en éstas la configuración institucional concreta se refiere al legislador ordinario, al que no se fija más límite que el del reducto indisponible o núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza. Por definición, en consecuencia, la garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar.

⁷ Arts. 20, 27, 125, 127, 186, etc., entre otros, de las Reales Ordenanzas de 1978.

Como estudió Meinecke⁸, la idea del interés nacional se fundamenta en la Razón de Estado y su proyección en la práctica diplomática europea y la subsiguiente doctrina de los intereses estatales, se recibe en los Estados Unidos en 1934 por obra de Charles Beard⁹, convirtiéndose, desde entonces y pese a la herencia de las iniciales condenas de Washington y ulterior moralismo de Wilson, en poderoso instrumento, no sólo prospectivo sino preceptivo, en la política exterior de aquella República Imperial¹⁰.

Hoy día se puede definir categoría tan fundamental como el «interés», en términos de poder y así lo hace fundamentalmente Hans Morgenthau, padre del moderno realismo. Pero no se trata, claro está, de un poder descarnado, sino caracterizado por su objetividad y transcendencia. La primera, la objetividad, quedó clara en su grande obra de 1948, *Politics among Nations*¹¹. Como dice el propio Morgenthau, «cualquier política exterior que opera con el patrón del interés nacional, debe hacer necesariamente alguna referencia a la entidad física, política y cultural que denominamos Nación. En un mundo en el que un número de naciones soberanas compiten entre sí... las políticas exteriores de todas las naciones deben necesariamente hacer referencia a la supervivencia como requisito mínimo. Todas las naciones están obligadas a proteger su identidad física, política y cultural frente a la usurpación por parte de otras naciones». Y más adelante añade: «La supervivencia de una unidad política como la Nación en su identidad es el mínimo irreductible, el elemento necesario de sus intereses frente a otras unidades. Considerada de modo aislado, la determinación de su contenido en una situación concreta es relativamente simple, pues encierra la integridad del territorio de la Nación, de sus instituciones políticas y de su cultura»¹².

Lo segundo, la transcendencia, supone la afirmación de la superioridad ética del Estado como portador de un interés que trasciende a los de los individuos y grupos que lo integran. Frente a quienes disuelven la idea del Estado en una pluralidad de intereses, ya cooperativos, ya enfrentados, que se prolongan sin solución de continuidad desde el individuo al planeta, Morgenthau, en su artículo de 1951, «La defensa del interés nacional», dirá: «Hay una verdad profunda y olvidada en la

⁸ *La idea de la Razón de Estado en la Edad Moderna*, trad. esp., Madrid (Instituto de Estudios Políticos), 1959, págs. 121 y sigs.

⁹ *The idea of national interest*, Chicago, 1934.

¹⁰ Cfr. KISSINGER, *Diplomacy*, Londres (Simon & Schuster), 1994, págs. 29 y sigs.

¹¹ *Politics among Nations. A struggle for power and peace*, Nueva York (A. A. Knopf), 1948, 6.ª ed., 1985.

¹² «Another Great Debate: The national interest of the United States», *The American Political Science Review*, XLVI (1952) (cito por la ed. de 1980).

afirmación de Hobbes de que el Estado crea moralidad y ley, y que no existe ni ley ni moralidad fuera del Estado»¹³. Es la superioridad ética de Leviatán sobre Beemoth, los dos monstruos que expresan, respectivamente, lo general y permanente y la concurrencia de los intereses particulares.

Estos son los conceptos que recoge el art. 8 CE al atribuir a las Fuerzas Armadas la defensa de «la soberanía e independencia de España... [de] su integridad territorial y del ordenamiento constitucional». Éstas y no otras son las funciones de las Fuerzas Armadas y con ellas deberán conectarse todas sus misiones. No quiero decir que, más allá de los «intereses vitales» expresados en el artículo 8 CE, España no tenga lo que el reciente *Libro Blanco de la Defensa* llama «intereses estratégicos» y «otros intereses nacionales»¹⁴. Esto es, respectivamente, intereses estratégicos, aquellos que «aportan seguridad a nuestro entorno y cuya protección contribuye decisivamente a la defensa de los intereses vitales», como la seguridad mediterránea, y otros, intereses nacionales, los «derivados de la posición que [España] ocupa en la comunidad internacional». Por supuesto que España tiene tales intereses de seguridad y las Fuerzas Armadas han de defenderlos. Más aún, hay intereses estratégicos —*v. gr.*, la estabilidad en el Magreb, a garantizar mediante una intervención— decisivos para el interés vital. Pero la base lógica de todos ellos es el interés vital. Si se percibe el riesgo que éste corre, se explica la necesidad de proyectarlo en un más amplio marco estratégico y en la seguridad colectiva; si no, no. De ahí el valor de la fórmula constitucional.

4. La categoría de interés nacional, piedra angular del realismo, impone una determinada visión de las relaciones internacionales: la realista frente a la liberal y la estructuralista¹⁵.

El resultado de estas dos últimas interpretaciones de las relaciones internacionales es, en gran medida, coincidente. Ambas sacrifican, a la corta o a la larga, la noción de interés nacional y la función del Estado para su promoción en aras de la noción de interés global y la cooperación transnacional, establecidos ya mediante el ajuste automático, ya mediante la erradicación, incluso violenta, de las situaciones de dependencia, y conduce, en último término, a una misma concepción de la seguridad. Ésta no dependería ya del equilibrio de los poderes ni de la fuerza propia, sino de la erradicación cooperativa o violenta de los factores de desequilibrio y confrontación. Por el contrario, el paradigma realista sigue ponien-

¹³ *In defence of National Interest*, Nueva York (A. A. Knopf), 1951, pág. 34 (cito por la ed. de 1980).

¹⁴ *Libro Blanco de la Defensa 2000*, Ministerio de Defensa, págs. 68 y sigs.

¹⁵ Cfr. BARBE, *Relaciones Internacionales*, Madrid (Tecnos), 1995, págs. 56 y sigs.

do el acento en *el protagonismo fundamental del Estado*, en la categoría del *interés estatal* y en *la legitimidad de la fuerza* como instrumento a su servicio. Y no porque los realistas neguemos la cooperación, sino porque consideramos que ésta será tanto más sólida y eficaz cuanto más firmemente se base en las realidades que son los Estados, sus intereses objetivos y sus fuerzas respectivas.

Ciertamente, la idea vigente de seguridad es más amplia y profunda que la de antaño. Hoy se toman en consideración factores sociales, económicos y políticos, junto con los militares, como ingredientes de la seguridad¹⁶. Pero tan certera visión puede llegar a ocultar que la fuerza militar también es un ingrediente decisivo de la seguridad, un ingrediente que por su contundencia, esto es, eficacia y rapidez, puede condicionar, decisivamente incluso, a los restantes.

Así, por vía de ejemplo, nadie puede dudar que la demografía, la economía, los credos religiosos y la estabilidad política en el Norte de África, son factores estratégicos más que relevantes en la seguridad mediterránea. Pero sería necio olvidar que la concurrencia de tales factores puede provocar una situación de fuerza y, en este caso, sólo la fuerza puede inhibir tal amenaza, puesto que la acción correctora sobre las causas profundas de tal situación, esto es, la inestabilidad política, el subdesarrollo económico o el desequilibrio demográfico, requiere un tiempo de maduración que excede con mucho al de eclosión de la propia situación de fuerza¹⁷.

De ahí que la fuerza sea un factor relativamente autónomo y que quien opte por tenerla pueda compensar su relativa debilidad en otros campos. En una obra famosa, *Paz y guerra entre las Naciones* (1962), un realista a pesar suyo, Raymond Aaron, señalaba que la extensión geográfica, la magnitud demográfica, la potencia industrial, eran condiciones insubstituibles del poder político en la esfera internacional. Y, sin embargo, la experiencia demuestra que una fuerza militar poderosa es capaz de convertir en gran potencia, miembro del directorio internacional, a una isla de tamaño medio como Gran Bretaña, de capacidad industrial en muchos aspectos declinante, y que la carencia de esa misma fuerza militar lastra las posibilidades de Alemania o del Japón. O que las «relaciones especiales», vigentes en el mundo anglosajón, se basan tanto en la comunidad de lengua como en una muy cuidada camaradería de las armas. En la oligarquía internacional siguen resonando las viejas palabras iniciales de la *Eneida*: «Arma... cano».

¹⁶ *Ibidem* págs. 279 y sigs. Cfr. BOOTH (ed.), *New thinking about strategy and international security*, Londres (Harper and Collins), 1991.

¹⁷ Cfr. mi polémica con O. LESSER en la *Revista Española de Defensa*, núm. 45 (nov. 1991) y 46 (dic. 1991).

La fuerza militar, en consecuencia, es útil no sólo porque resuelve los conflictos que llegan a plantearse violentamente, sino porque su posesión, demostración y utilización selectiva proporcionan un plus de influencia en la resolución diplomática de todo conflicto. La diplomacia eficaz, incluida la neutral y pacifista, es y ha sido siempre, una diplomacia armada.

5. Ésta es la idea de las relaciones internacionales a la que responde la opción constitucional.

En efecto, la visión liberal de las relaciones internacionales, triunfante en la primera postguerra, llegó a proscribir el uso de la fuerza como instrumento de las mismas. Surgió así un derecho internacional y un derecho constitucional que no se limitó ya, como había sido propio del derecho público clásico, a delimitar formalmente la guerra, sino que llegó a prohibirla tanto en instrumentos internacionales, desde el Pacto Brian-Kellog de 1928 hasta la Carta de las Naciones Unidas como en las propias constituciones estatales. Baste pensar en la Española de 1931. Esto es lo que B. Mirkin-Guetzevitch denominó *Derecho Constitucional de la Paz*¹⁸. Los constituyentes de 1978 nos planteamos formalmente la cuestión y optamos por una solución contraria que entonces fue muy criticada por la doctrina internacionalista. En efecto, la Constitución vigente no contiene ninguna renuncia a la guerra, como era el caso de las de 1931 y otras posteriores a la II Guerra Mundial, e incluso afirma el *ius ad bellum* del Estado al atribuir, en artículo 63, su declaración formal al Jefe del mismo, previa autorización de las Cortes, texto que, en relación con los arts. 8, 30, 62/h, 97 y 149.1.4.^a, son los fundamentos constitucionales de la política de defensa. Y esta nueva opción ha inspirado, quebrando la tendencia anterior, numerosas constituciones posteriores a la nuestra¹⁹. La España de hoy tiene una vocación pacífica, y así consta en el Preámbulo de nuestra norma fundamental. Pero, como dicen las *Reales Ordenanzas*, la permanente disposición para afrontar situaciones de guerra es garantía y seguridad de la paz (arts. 4 y 5).

6. Ahora bien, ¿tiene sentido, ahora y aquí, en la España del año 2000, plantearse el uso de la fuerza para la defensa exterior del Estado? A mi juicio, sí. Es posible y deseable. Deseable, al menos por tres razones. Si España está inserta en una zona euroatlántica que es hoy día una «comunidad de paz», es decir, aquella en cuyo seno la guerra es imposible, no son pocos los especialistas que consideran, lamentablemente, reversible esta situación. El Norte de África es un potencial

¹⁸ *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1933, t. 45, págs. 667 y sigs.

¹⁹ Vid. mi estudio «La recepción constitucional del paradigma realista de las relaciones internacionales», en prensa.

escenario de conflicto para los intereses españoles, incluso los más vitales. Y, por último, tiene intereses que exceden esta más que ambigua área, cuyo desarrollo pacífico puede y debe ser servido por una capacidad de recurso a la fuerza individual o colectiva. Pero, además, para poder contribuir a la defensa colectiva, la propia defensa no puede reducirse a la mera alienación en estructuras ajenas. Nuestra defensa ha de ser nuestra, como por ejemplo lo es la de un pequeño país como Finlandia, y, una vez nuestra, sinceramente solidaria con la de los aliados, desde la industria a las operaciones militares, pero no al revés. Nada más peligroso para la seguridad colectiva que tomarla como pretexto para un progresivo abandono del propio esfuerzo en materia de defensa. Un abandono que se refleja, entre otras cosas, en el escaso prestigio y consecuente poco atractivo del servicio militar, y hoy suprimido éste, de las fuerzas profesionales, así como en la reducción de las dotaciones militares, parejo al incremento en el número de las siglas de organizaciones defensivas, pero que revela, ante todo, cultura del abandono.

De otro lado, tampoco puede substituirse la percepción de la amenaza concreta por un altruismo universal que haga de la defensa de la paz y el orden internacional la motivación de una política de defensa y seguridad. Restablecer y guardar la paz al servicio de las Naciones Unidas puede ser importante tarea en beneficio de la propia seguridad, y ello por múltiples razones. Pero han de ser explicadas a la opinión pública en función de tal seguridad propia y no como mera contribución al bienestar de la comunidad internacional. Cuando la opinión se resiste a esforzarse en defensa propia, ¿no sería extraño e incluso sospechoso que lo hiciera por la ajena?

Ello aconsejaría ser muy cuidadoso a la hora de proponer formas supranacionales de defensa. Es claro que en nuestros días la seguridad, para ser eficaz, ha de ser colectiva y que en su colectivización en cuadros europeos y atlánticos está el más prometedor horizonte de la seguridad española. Pero la seguridad, como su base, la integración política, no es una mera cuestión mecánica, sino, sobre todo, afectiva, y los afectos no son fungibles. De ahí que la colectivización de la defensa no debe prescindir de los factores simbólicos, espaciales, institucionales e históricos que la hacen integración en acto supremo. Por eso, las fórmulas que, como la OTAN, hasta ahora, han compatibilizado los ejércitos nacionales con la estructura integrada de mandos, sean más sólidas que otras fórmulas de plena integración en unidades plurinacionales. Pedro Salinas y Dámaso Alonso denominaron con ironía poética a nuestro tiempo «un siglo de siglas». Pero, recurriendo a sus propios términos, si «novia», «madre», «pan», «leche» o «miel», son términos capaces de suscitar afectos, nadie vive ni muere por una siglas. Y no hay efectiva seguridad sin esa disponibilidad de «vivir para» que llega hasta la de «morir por».

Es aquí donde la garantía constitucional del art. 8 CE, atrás señalada, cobra todo su sentido. Las misiones establecidas en dicho artículo y que constituyen el objetivo de la defensa nacional pueden coordinarse con terceros e, incluso, incluirse en estructuras integradas de mando, como hoy lo están en la OTAN. Pero, sin modificar la Constitución, ni las misiones pueden delegarse o transferirse a terceros, ni disolverse las Fuerzas Armadas españolas en otras; por ejemplo, europeas o de Naciones Unidas.

7. Ahora bien, es claro que si el interés nacional vital, debidamente ponderado, puede implicar lo que hemos denominado «intereses estratégicos» y «otros intereses nacionales», en su núcleo esencial se identifica con la propia conservación del Estado y a ello es a lo que se remite el art. 8 CE: la soberanía, independencia e integridad de España. Sin perjuicio de que la promoción de tales intereses pueda llevar a emprender o participar, incluso, en acciones lejanas. Al Gobierno (art. 97 CE) y a las Cortes [art. 94.1.b) CE] compete valorarlo. La precisión de las categorías dichas y la de ordenamiento constitucional que las sigue es, por lo tanto, fundamental a la hora de determinar el alcance de las misiones de las Fuerzas Armadas.

Hay quien, en efecto, pretende hacer de las Fuerzas Armadas las garantes frente a un Supuesto Anticonstitucional Máximo material, que equivaldría a la amenaza o quebrantamiento de lo que se entiende por soberanía, independencia, integridad y Constitución como valores materiales y estáticos, inmunes al proceso político. Pero, frente a ello, cabe afirmar que la garantía de las Fuerzas Armadas alcanza únicamente al Supuesto Anticonstitucional Máximo formal, que sólo se daría cuando la soberanía, la integridad o el ordenamiento constitucional fueran alterados, no por los poderes constituidos y en las formas constitucionalmente previstas, puesto que son categorías «elásticas» en el sentido que Rossi diera al término, sino violentamente, tanto en el caso de agresión exterior como de subversión interior. No hay un concepto material de soberanía, independencia, integridad u ordenamiento ni, en consecuencia, una garantía de los mismos, sino un concepto formal. Y así se deduce de la explicitación de tales categorías.

8. La soberanía, «término equívoco e impropio» al decir Carré de Malberg²⁰, es hoy una categoría en crisis tanto en el orden doctrinal como en el derecho positivo y tanto en el plano internacional como en el interno.

El concepto clásico de soberanía como potestad suprema, en cuanto tal incondicionada y originaria, ha sido sometido a una dura crítica doctrinal, espe-

²⁰ *Teoría General del Estado*, trad. esp., México, 1948, págs. 88 y sigs.

cialmente a partir del realismo francés capitaneado por Duguit²¹. La reformulación del concepto tiene, a través de sus diferentes versiones, un denominador común. La soberanía no se caracteriza por la cuantía sino, como ya dijera P. Laband, por la calidad de la competencia sobre la propia competencia.

Sin embargo, la realidad política de nuestros días, caracterizada por la emergencia de nuevos centros de poder, supra, infra y aun paraestatales, la creciente interdependencia de esta realidad policrática y su mayor juridificación, hace de esta competencia sobre la propia competencia una competencia superdeterminada o, al menos, condicionada, en el ámbito internacional y, más aún, en el interno. Nadie puede repetir, ya con Lafferrière²², tras el desarrollo de los institutos de responsabilidad del Estado en los más diversos ámbitos, que lo propio de la soberanía es imponerse a todos sin compensación. De ahí el desarrollo de una versión de la soberanía como pacto de unión de voluntades, paralelo a la concepción de la constitución de la entidad política del Estado como proceso de integración de dicha realidad. Gustavo Zagrebelsky en su, a mi juicio, genial obra sobre *El Derecho Dúctil* extrae así las consecuencias de las premisas sentadas²³ por Rodolfo Smend.

La propia Constitución española ofrece pruebas de lo expuesto. Si la retórica de su Preámbulo la presenta como obra incondicionada de una «Nación española, en uso de su soberanía», sólida e impermeable, el cuerpo de la Constitución revela algo muy distinto. No se trata solamente de una normatividad abierta a la facticidad, sino abierta a otras normatividades —por ejemplo las declaraciones internacionales relativas a los derechos humanos (art. 10 CE)— y, más aún, de un Estado abierto a otras realidades político-jurídicas tanto supraestatales (así las organizaciones internacionales a las que pueden transferirse competencias constitucionales según el art. 93 CE), como paraestatales (así los titulares de derechos históricos que reconoce la Adicional Primera de la Constitución). Si la soberanía aparece susceptible de concierto en el plano supranacional, y no otra cosa quiere decir el ejercicio en común de competencias soberanas, implícito en las políticas integradas de la Unión, también aparece como pactada cuando, por ejemplo, de los derechos históricos de Navarra se trata. Y así se reitera en la LORAFNA, parte indiscutible de nuestro bloque de constitucionalidad²⁴.

²¹ DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel*, París, 1927, I, págs. 728 y 733.

²² *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2.ª ed., Nancy, 1996, II, págs. 13.

²³ *Il diritto mitte. Legge, diritti, giustizia*, Turín (G. Einaudi), 1991, trad. esp., Trotta, 1995.

²⁴ Arts. 2, 64 y 71, a la luz del Preámbulo. Cfr. mi libro *Derechos Históricos y Constitución*, Madrid (Taurus), 1998, págs. 295 y sigs.

Al hilo de ello conviene señalar que algún comentarista ha vinculado soberanía con «unidad», tal como este concepto aparece en el art. 2 CE. Pero dicho concepto no es menos formal y relativo, puesto que la unidad puede articularse a través de múltiples formas estatales complejas; desde el Estado Regional a las Uniones de Estados. «Unidad», en cuanto valor afirmado en el art. 2 CE será lo que el ordenamiento constitucional determina como tal y a su tutela y respeto habrá que remitirse²⁵.

¿Qué es, en consecuencia, lo que las Fuerzas Armadas están llamadas a garantizar como soberanía de España según el art. 8 CE? Sin duda, no la intangibilidad de las competencias derivadas de la Constitución, cuya transferencia está prevista en el art. 93 de la propia Norma Fundamental. Así, la emisión de moneda ha sido siempre considerada como una competencia soberana y en tal sentido se ha pronunciado recientemente el Consejo Constitucional francés. Pero es claro que la transferencia de dicha exclusiva competencia estatal (art. 149.1.11.ª CE), en virtud del Tratado de la Unión al Sistema Europeo de Bancos Centrales, no se ha entendido como una lesión a la soberanía que las Fuerzas Armadas están encargadas de garantizar. Y, sin duda, otro tanto ocurriría si se transfiriera a la Unión la política migratoria (art. 149.1.2.ª CE) o, a juicio de muchos, las relaciones internacionales

²⁵ La expresión «unidad», que figuraba en el antecedente inmediato del actual art. 8 CE, el art. 37 LOE de 10 de enero de 1967, figuraba en el documento titulado «Conceptos a introducir en la Constitución», remitido al Gobierno por la Junta de Jefes de Estado Mayor con fecha 14 de septiembre de 1977. Dicho documento, retocado por el Vicepresidente Ministro de Defensa, General Gutiérrez Mellado, se remite al Presidente del Gobierno con fecha 14 de noviembre, pero el Presidente Suárez me lo entregó en la primera semana de dicho mes y, de común acuerdo, suprimimos la palabra «unidad», que ya no figura en el texto de las Actas (cfr. *Memorias de Estío*, Madrid, 1993, pág. 144; *Actas*, ed. *Revista Cortes Generales*, núm. 2, pág. 315). El texto aparece en el anteproyecto de enero de 1978 como art. 10, al que se formularon numerosas enmiendas de las que solamente la número 2 (Sr. L. de la Fuente) 7 y 736 (Sr. Ortí Bordás) pretendían la mención expresa de «unidad», pero no se defienden en Comisión. Al explicar en ésta el voto favorable al texto de la ponencia, el Sr. Múgica (PSOE) señaló que la integridad territorial implica «la que se deriva de la firme voluntad de la mayoría de los ciudadanos que habitan las comunidades que integran España de seguir siendo españoles» (*Diario de Sesiones del Congreso, Comisión de Asuntos Constitucionales*, 16 de mayo de 1978, págs. 2379). ¡Lo cual equivale a afirmar *a contrario* el derecho de autodeterminación! En el pleno, el Sr. Solana (PSOE) consideró que la «unidad» afirmada en el art. 2 integraba el ordenamiento constitucional (*Diario del Congreso*, Pleno 5 de julio de 1978, págs. 3883). En el Senado formularon enmiendas en pro de mencionar expresamente la «unidad» como valor a garantizar por las Fuerzas Armadas, el Almirante Gamboa (núm. 172), el Sr. Matutes (núm. 217), el Sr. Carazo (núm. 226), el General Díez Alegría (núm. 382), pero solamente el primero la defiende en Comisión (*Diario de Sesiones del Senado. Comisión de Constitución*, 22 de agosto de 1978, págs. 1712 y sigs.). Ambos militares formularon votos particulares para el Pleno (*Boletín Oficial de las Cortes*, núm. 157 de 6 de octubre de 1978, pág. 3456) y las defendieron en el Pleno (*Diario de Sesiones del Senado de 26 de septiembre de 1978*, págs. 2943 y 2945), por considerar la «unidad» un valor nunca concretado que excede la integridad territorial y la fundamenta.

(art. 149.1.3.^a CE). Si ello es así porque dicha transferencia se hizo en virtud de los propios mecanismos previstos en la Constitución, quiere decirse que nada habría que oponer a un desarrollo legal de la Disposición Adicional Primera de la Constitución y Adicional Única del Estatuto de Autonomía del País Vasco, que mediante las correspondientes modificaciones estatutarias, por ejemplo, supusiera el reconocimiento de la cosoberanía o, lo que es lo mismo, el pacto del Estado con titulares de derechos históricos originarios, como ya ocurre en Navarra.

9. Ahora bien, sin perjuicio de la ambigüedad del concepto, la soberanía se nos muestra como un principio constitucional de derecho y las relaciones internacionales, signo de que este último opera sobre la base de la coordinación entre los Estados y no de subordinación entre los mismos²⁶. Su esencia consiste en el derecho a ejercer las funciones del Estado en un plano de independencia e igualdad respecto de otros Estados. Es decir, la soberanía plasma en la independencia, cuyas expresiones principales son la igualdad de los Estados y la no intervención en los asuntos de un Estado por parte de terceros, incluidas las organizaciones internacionales.

La independencia, dijo en su día Ch. Rousseau²⁷, es así una categoría mucho más concreta que la de soberanía. Sus elementos fundamentales son la *exclusividad*, la *autonomía* y la *plenitud* de la competencia estatal. La *exclusividad* significa que en un territorio sólo se ejerce una competencia estatal. La *autonomía*, por su parte, supone la libertad de decisión en la esfera de la propia competencia, lo que significa que el Estado actúa de acuerdo con su propio criterio, sin necesidad de seguir las directrices de tercero. La *plenitud* de la competencia supone que la del Estado independiente alcanza a cuanto se encuentra sometido a su poder, siendo indeterminada por razón del objeto.

Ahora bien, estos tres rasgos constitutivos de la independencia del Estado se hayan también afectados por la realidad política de nuestros días. La aplicación directa e inmediata del derecho comunitario y de las decisiones del Tribunal de Justicia de las Comunidades y del propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pone en cuestión el principio de exclusividad. Las Directivas comunitarias, que el

²⁶ CARRILLO SALCEDO, «Funciones del Derecho Internacional contemporáneo: garantía de la independencia de los Estados e instrumento para la cooperación entre los mismo», *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Prof. Eduardo García de Enterría*, Madrid (Civitas), 1991, I, págs. 251 y sigs. Cfr. *Soberanía del Estado y Derecho Internacional*, Madrid (Tecnos), 1969.

²⁷ «L'indépendance de l'État dans l'ordre international», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1948, II, págs. 171 y sigs.

Estado miembro ha de transponer a su propio ordenamiento interno, son buen ejemplo de la configuración como regladas de las competencias estatales, lo que reduce un tanto el carácter autónomo de éstas. La plenitud de la competencia se compecece mal con la realidad policrática a la que antes se hizo referencia.

Si independencia quiere decir algo para un Estado miembro de la Unión Europea, es, volviendo a la terminología clásica, «el derecho a decir la última palabra» para salvaguardar la voluntad democrática de su pueblo y lo que esta voluntad democrática estima como intereses vitales del mismo. A ello responde el núcleo del sistema de veto; a ello ha respondido la configuración normativa y, en el caso de Suecia, práctica, de la vigente Unión Monetaria —sistema del *opting out*—; pero, sobre todo, tal es la interpretación que el Tribunal Constitucional Alemán ha dado al Tratado de la Unión en su Sentencia de 12 de octubre de 1993.

10. En cuanto a la integridad territorial, es y ha sido siempre en nuestro propio derecho histórico y en el comparado, una categoría polémica y así lo sigue siendo en el art. 8 CE. Una categoría polémica que significa defensa del territorio con que se cuenta o reivindicación de aquel al que se aspira. Y de ambas cosas hay ejemplos en el derecho constitucional comparado²⁸.

Pero es claro que la garantía de la integridad territorial no equivale a la garantía de la identidad del territorio, incluso si, lo que no ocurre en España, éste no estuviera descrito en el propio texto constitucional, ni a su intangibilidad si el propio texto constitucional prevé vías para su modificación. Nuestro constitucionalismo histórico y su práctica ofrecen pruebas de ello²⁹. Así, la garantía de intangibilidad del territorio, unida a su minuciosa descripción en la Constitución de 1812, no impidió la cesión de Florida a los Estados Unidos y el reconocimiento de la emancipación de la América continental. A lo largo de todo el siglo XIX y aun del XX, las constituciones españolas prevén la posibilidad de alterar los términos del territorio nacional previa autorización de las Cortes mediante ley, y así se hizo en 1899. Y, mucho después, la provincialización de las antes colonias africanas que, en consecuencia, debían entenderse incluidas en la «intangibile unidad de las tierras de España» (Principio IV L. 17 de mayo de 1958) o en la garantía de su integridad (art. 27, L.O.E. 1967), no impidió su independencia en el caso de Guinea, su cesión en el de Ifni y su abandono en el del Sahara: la construcción arbitrada por el Consejo de

²⁸ Ejemplo, de reivindicativas, Paquistán desde 1956 (sec. 203) y Marruecos desde 1962 (art. 19); ejemplo, de defensivas, Turquía, 1982 (art. 3) y Bulgaria, 1991 (art. 2.2).

²⁹ Cfr. A. REMIRO, *Territorio Nacional y Constitución-1978*, Madrid (Cupra), 1978, págs. 15 y sigs.

Estado en cuya virtud se distinguió lo que era España y lo que era de España permitió prescindir, incluso, de la Ley prevista en el art. 9.g) de la Ley Orgánica del Estado y 14.I de la Ley de Cortes³⁰.

La vigente Constitución de 1978 sigue estos precedentes. Si garantiza en el art. 8 la integridad territorial, se evita cuidadosamente describir el territorio cuya integridad se garantiza³¹. Y, de otra parte, se elimina la intangibilidad del territorio al prever la posibilidad de que tratados o convenios afecten a la integridad territorial [art. 94.1.c)].

Lo primero es de especial importancia porque es el legislador ordinario quien puede calificar un territorio como español o de España y el propio Consejo de Estado así lo ha apuntado recientemente en relación con Ceuta y Melilla, cuya integración en el territorio nacional en mi opinión no va más allá de sus respectivos regímenes autonómicos de 1999³². Lo segundo claramente pone en manos de las instituciones del Estado y, fundamentalmente, de las Cortes, la alteración del territorio español.

En consecuencia, la garantía prevista en el art. 8 tiene un objeto cuya definición corresponde al legislador ordinario y, en ningún caso alcanza a las modificaciones territoriales acordadas mediante tratado, previa autorización de las Cortes.

11. El ordenamiento constitucional, por su parte, es una categoría necesariamente dinámica cuando se trata de una Constitución reformable y, más aún, abierta a la modificación por mutación. La lealtad a la Constitución, por ejemplo cuando del juramento a la misma se trata (cfr. art. 61 CE) o la garantía de la misma del comentado art. 8 CE se refieren, en consecuencia, no sólo a las instituciones y valores constitucionales que la Constitución establece sino a aquéllos que puede establecer en virtud de sus mecanismos explícitos e implícitos de revisión, ya la reforma, ya la mutación, incluso cuando ésta tiene lugar en virtud de la apertura de

³⁰ *Ibidem*, págs. 74 y sigs. Cfr. mi estudio «La configuración del territorio nacional en la doctrina reciente del Consejo de Estado Español», *Estudios de Derecho Administrativo. Libro jubilar del Consejo de Estado*, Madrid (Instituto de Estudios Políticos), 1972, págs. 357 y sigs.

³¹ Vid. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisión de Asuntos Constitucionales, 20 de junio de 1978* sobre la Adicional Quinta, relativa a Ceuta y Melilla, el Sr. García Margallo calificando ambas ciudades «con lo que ha sido desde 1497 esencia de España». Sr. Peces-Barba (PSOE), que no compartió «las interpretaciones fuera de cuestión» y Sr. Solé Tura (PCE) que no quería «prejujgar su futuro» (pág. 3511). Sobre la ambigüedad preconstitucional, cfr. REMIRO BROTONS, *op. cit.*, págs. 103 y sigs.

³² Dictámenes núms. 1460/200 y 1610/2000.

la Constitución a un proceso público del que son partícipes no sólo las propias instituciones constitucionales sino las sociales, los ciudadanos y la propia opinión³³.

Análogamente, el acatamiento a la Constitución que puede exigirse de los diferentes partícipes en el proceso político, es un acatamiento formal a los procedimientos constitucionales y no a sus valores materiales, como tiene declarado reiteradamente el Tribunal Constitucional (desde la S. 8/1985 y, más aún, en la 119/1990, reiterada en la 74/1991).

En consecuencia, la garantía del ordenamiento constitucional se plantea, no frente a proposición, iniciativa o realización de la revisión constitucional, sino frente a la destrucción de la Constitución, sea por la subversión interior, sea por la agresión exterior, supuesto en el que la garantía del ordenamiento se confunde con el de la independencia estatal. Y comprende la «unidad» frente a la mutilación, al margen de las previsiones constitucionales (cfr. art. 94 CE).

Ahora bien, la propia Constitución prevé los mecanismos de alarma, excepción y sitio para hacer frente a la agresión tanto como a la subversión (art. 116 CE) y la ley ha desarrollado tales supuestos (vid. Ley 4/1981)³⁴. Entre todos ellos, solamente el Estado de sitio (vid. art. 32 Uno de la ley citada) corresponde a la instrumentación de la garantía del art. 8 CE. Y es claro que su declaración corresponde al Gobierno, previa autorización del Congreso de los Diputados y su gestión al propio Gobierno «que dirige la política militar y la de defensa». Esto es, las Fuerzas Armadas, en este caso, cumplen la misión de garantes que la Constitución les atribuye bajo la dirección del Gobierno. Se trata, por lo tanto, de una garantía instrumental.

Pero es claro que en el supuesto de una amenaza interior o exterior a la independencia estatal y al ordenamiento constitucional no es descabellado contemplar la posibilidad que las Cortes, su Diputación permanente o el propio Gobierno dejen de funcionar cuando no de existir. Ejemplos hay de ello en la experiencia comparada durante la I y II Guerra Mundial y, más recientemente, en la propia España. La experiencia ha demostrado que la garantía militar de tales valores e instituciones no se extingue con ello. Es el Rey quien en tal caso está obligado a suplir el funcionamiento interrumpido de las instituciones y como Jefe Supremo de

³³ Cfr. mi estudio «La dinámica de una Constitución abierta», en *20 años después. La Constitución cara al siglo XXI*, Madrid (Taurus), 1998.

³⁴ Cfr. BLANCO VALDÉS, *La organización constitucional de la defensa*, Madrid (Tecnos), págs. 70 y sigs.

las Fuerzas Armadas (art. 62.h CE) actuar al mando de las mismas, para su restablecimiento. Este sería el significado del juramento previsto en el art. 61.1 CE en relación con las cláusulas generales del art. 56.1 CE y la garantía del propio art 8 CE a cargo de los Ejércitos, cuyo mando supremo ostenta el Monarca (art. 62 h CE)³⁵.

Sin embargo, a la altura de los tiempos presentes, la experiencia demuestra que el ordenamiento constitucional puede estar amenazado no sólo por la agresión exterior y la subversión interior, sino por lo que von Hippel denominara su perversión a manos de los poderes legalmente constituidos de los que las Fuerzas Armadas estarían llamadas a ser instrumento. Piénsese, por hipótesis, en el supuesto de un Gobierno con mayoría absoluta en las Cortes que mediante una abusiva aplicación de los arts. 116.4 y 155 de la Constitución amenazase «los derechos de los ciudadanos y de las Comunidades Autónomas», expresamente mencionados en el art. 61 CE. Es claro que el control jurisdiccional, incluido el del Tribunal Constitucional, es incapaz de poner coto, en tiempo oportuno, a los peligros de esta hipótesis. ¿El instrumento de garantía que las Fuerzas Armadas deben de ser según la Constitución se convertiría así en instrumento para su vulneración?

La pregunta clásica sobre quién custodia a los custodios nunca ha recibido una repuesta plenamente satisfactoria. Pero de acuerdo a la normativa militar vigente, la disciplina de las Fuerzas Armadas no puede llevarlas a actuar contra los valores que la Constitución consagra. La obediencia debida no es ya una excusa. Antes bien, el mando supremo que la Constitución encomienda al Rey (art. 62 h) y que ha servido para defenderla en caso de crisis, le obligará en relación con la función arbitral prevista en el art. 56 CE, a garantizar que tales instrumentos no puedan ser empleados «legalmente» contra el orden constitucional. La «*faculté d'empêcher*» en la que J. Barthélémy cifraba la esencia del poder del Jefe del Estado Parlamentario, sería así eficaz garantía del «no hacer». Y en ocasiones es la acción del poder lo que más amenaza la libertad.

12. De lo expuesto pueden deducirse algunas conclusiones.

En primer lugar, la defensa nacional no es sólo una competencia exclusi-

³⁵ Cfr. mi estudio «El Rey», en ALZAGA, *op. cit.*, V, págs. 65-68. FERNÁNDEZ SEGADO (*loc. cit.*, pág. 428), que tanto me honra citándome, aún no se ha enterado que esta tesis mía post constitucional y referida a un Jefe de Estado parlamentario, nada tiene que ver con *El Principio Monárquico* (Madrid, Edicusa, 1972), que como instrumento democratizador formulé mucho antes de la transición y que funcionó como motor de la misma.

va del Estado (art. 149.1.2ª CE) que, como otras derivadas de la Constitución, podría ser transferida a terceros en virtud del art. 93 CE. Se trata de una concreta misión de las Fuerzas Armadas españolas que no pueden ser privadas de ella ni, por lo tanto, suprimidas sin una previa reforma de la Constitución.

En segundo término, esta misión de defensa nacional comprende la tutela, mediante el uso de la fuerza, de los intereses nacionales vitales especificados en el art. 8 CE, pero también de los que con ellos directamente se relacionan, los llamados estratégicos y otros intereses nacionales, según decida el Gobierno al que corresponde dirigir la defensa nacional (art. 97 CE).

Tercero, los valores así garantizados han de entenderse cómo los define en cada momento la legalidad vigente frente a su alteración violenta, pero no frente a su modificación formalmente correcta. Esto es, se garantiza la soberanía frente a su usurpación por un tercero, pero no la transferencia constitucional de competencias soberanas; la violación de la exclusividad, autonomía y plenitud de la competencia, pero no su reglamentación mediante tratado; la alteración de la integridad del territorio, salvo su autorización por las Cortes mediante ley, etc.

Cuarto, los valores enunciados en el art. 8 CE se reducen a dos. Por una parte, la *independencia nacional* a la que, por las razones atrás expuestas, se reconducen las categorías de soberanía e integridad territorial. De otra, el *ordenamiento constitucional*. Ahora bien, mientras la primera sólo puede ser defendida frente al enemigo exterior, el segundo ha de serlo también frente al interior, ya oponiéndose a la subversión bajo la dependencia del Gobierno en el supuesto del Estado de sitio, ya impidiendo, con su inactividad, la perversión de dicho ordenamiento. La interrupción del funcionamiento o la desaparición de las instituciones constitucionales, debe ser suplida por el Rey, al mando de las Fuerzas Armadas, con el fin de su restablecimiento.

Quinto y último, la misión de garantía que la Constitución encarga a las Fuerzas Armadas es tan instrumental como indisponible. Solamente las instituciones constitucionales pueden disponer de las Fuerzas Armadas para el cumplimiento de sus fines y no su propia cadena de mando de manera autónoma. Y solamente a ellas y no a ninguna institución inter o supranacional corresponde el cumplimiento de estas misiones.